

Tot ziens handelaar, welkom onderneming: modernisering met belangrijke impact, doch geen vereenvoudiging (Reinhard Steennot)

I. Inleiding

1. Op 1 november 2018 is de wet van 15 april 2018 houdende hervorming van het ondernemingsrecht¹ in werking getreden (art. 260). Deze wet heft, na 211 jaar, het handelaarsbegrip uit het Wetboek van Koophandel op (art. 256, 1°) en geeft aan het meer recente algemene ondernemingsbegrip uit artikel I.1,1° van het Wetboek Economisch Recht (WER)² een nieuwe invulling (art. 35). Daarbij valt het meteen op dat deze nieuwe invulling zeer nauw aansluit bij – en duidelijk geïnspireerd is door – het ondernemingsbegrip dat sedert de inwerkingtreding van de wet van 11 augustus 2017 houdende invoeging van het Boek XX (Insolventie van ondernemingen) in het WER, wordt gehanteerd in het nieuwe insolventierecht³. Verder wordt Boek XIV WER, dat een afzonderlijke regeling bevatte inzake marktpraktijken en consumentenbescherming voor de intellectuele prestaties kenmerkend voor de beoefenaren van vrije beroepen⁴, opgeheven (art. 256, 2°), zodat beoefenaren van vrije beroepen, net als andere ondernemingen, voortaan gewoon onder Boek VI WER zullen ressorteren.

Met de wet houdende hervorming van het ondernemingsrecht beoogt de wetgever in eerste instantie het economisch recht of ondernemingsrecht te moderniseren. Het handelaarsbegrip was, doordat het gebaseerd was op de gedateerde lijst van objectieve daden van koophandel, niet meer aangepast aan de noden van het huidige economisch verkeer⁵. Daarnaast wenst de wetgever ook te zorgen voor een grotere coherentie en meer rechtszekerheid, dit laatste door het algemene ondernemingsbegrip in artikel I.1,1° WER niet langer te definiëren aan de hand van een materieel criterium (het nastreven van een economisch doel of het verrichten van een economische activiteit), doch aan de hand van formele criteria⁶.

¹ BS 27 april 2018.

² De definitie in het WER dateert van 2013, doch werd destijds overgenomen uit de Wet Marktpartijken van 2010.

³ D. DEMAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2018, 10-11; M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, “Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?” *TBH* 2018, 208; I. VEROUGSTRAETE, “Boek XX WER: een korte duiding”, *TBH* 2018, 200.

Het nieuwe insolventierecht is in werking getreden op 1 mei 2018.

In de marge wijzen we wel op een onderscheid wat publiekrechtelijke rechtspersonen betreft: via de definitie van het begrip “schuldenaar” worden zij uitgesloten van de toepassing van Boek XX WER (zodat zij niet failliet kunnen worden verklaard), terwijl publiekrechtelijke rechtspersonen in artikel I.1,1° WER enkel worden uitgesloten van het ondernemingsbegrip indien zij geen goederen of diensten op de markt aanbieden.

⁴ Zie art. XIV.1 §1, lid 2 WER (opgeheven).

⁵ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 54 2828/001, 8-9; A. PUTTEMANS, “Le champ de la commercialité”, in *Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel*, Brussel, Larcier, 2007, 55; J. VANANROYE en K.-J. VANDORMAEL, “Boek I WER en Wet Natuurlijke Rechter. Van Handelsrecht naar Ondernemingsrecht”, in B. Keirsbilck en E. Terry (eds.), *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 7-8.

⁶ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 54 2828/001, 3 en 5. D. DEMAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, 11.

II. Het nieuwe algemene ondernemingsbegrip uit artikel I.1,1° WER: ruimer en moderner, maar alsnog enkele materiële criteria

2. Meer concreet dienen voortaan als een onderneming in de zin van artikel I.1, 1° WER te worden beschouwd: a) elke *natuurlijke persoon* die zelfstandig een beroepsactiviteit verricht, b) elke *rechtspersoon* (met uitzondering van de publiekrechtelijke rechtspersonen die geen goederen of diensten op de markt aanbieden en de statelijke instellingen⁷) en c) elke *andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid* die hetzij een uitkeringsoogmerk heeft, hetzij in feite uitkeringen verricht aan haar leden of aan personen die een beslissende inhoud hebben op het beleid.

4. Het valt vooreerst op dat de nieuwe definitie van het begrip onderneming heel wat ruimer is dan het klassieke handelaarsbegrip. Dit heeft, zoals later zal blijken (*infra* nr. 7), niet te onderschatten gevolgen, onder meer wat het bewijs en de bevoegdheid van de ondernemingsrechtbank betreft. De verruiming vindt zijn oorsprong enerzijds in het feit dat winstoogmerk niet vereist is en anderzijds in de vaststelling dat de aard van de verrichte (beroeps)activiteit niet van belang is (het hoeft niet meer om een daad van koophandel te gaan). Landbouwers, ambachtslieden, apothekers, zelfstandige onthaalouders, beoefenaren van vrije beroepen, vzw's, maatschappen (zowel burgerlijke als commerciële): allen moeten zij voortaan als een onderneming worden beschouwd. Het nieuwe ondernemingsbegrip is overigens ook ruimer dan het algemene ondernemingsbegrip dat eerder in het WER werd gehanteerd⁸: dit vereiste immers nog dat het ging om een *natuurlijk persoon of rechtspersoon* die een *economische* activiteit verrichte.

5. Een aandachtige lezing van het nieuwe ondernemingsbegrip maakt echter al snel duidelijk dat de Belgische wetgever niet volledig is geslaagd in zijn betrachting om niet langer gebruik te maken van materiële criteria om het algemene ondernemingsbegrip af te bakenen en op die manier meer rechtszekerheid te creëren. Twee niet altijd eenvoudig te interpreteren materiële criteria zijn immers blijven bestaan: natuurlijke personen zijn slechts een onderneming als zij (zelfstandig) een *beroepsactiviteit* verrichten en organisaties zonder rechtspersoonlijkheid kwalificeren slechts als onderneming indien zij een uitkeringsoogmerk hebben of *in feite uitkeringen verrichten* aan hun leden.

Hoewel het in theorie duidelijk is dat het vereiste van een beroepsmatig verrichte activiteit impliceert dat de activiteit op duurzame wijze, i.e. met een zekere regelmaat wordt verricht⁹, is het in de praktijk niet altijd evident om het onderscheid te maken tussen een occasioneel verrichte activiteit (vb. een sporadische verkoop van tweedehandsgoederen via eBay) en een met regelmaat verrichte activiteit. We denken hierbij bijvoorbeeld aan natuurlijke personen die diensten verstrekken in het kader van de deeleconomie (vb. accommodatie ter beschikking stellen via AirBnB). Vanaf wanneer worden zij een ondernemer? Ook wat bestuurders, in het bijzonder van VZW's betreft, rijst de vraag welke inhoud precies aan het niet gedefinieerde begrip van de beroepsactiviteit moet worden gegeven. Volstaat het

⁷ Zie art. I.1,1°, lid 2, c) WER voor een opsomming. Het betreft onder meer de Federale Staat, gewesten, gemeenschappen en OCMW's.

⁸ Opgemerkt wordt reeds dat dit begrip wel behouden blijft voor een hele reeks boeken (*infra* nr. 6).

⁹ Zie ook: D. DE MAREZ en C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, 15; J. STUYCK, "De begrafenis van de koopman: enkele inleidende beschouwingen over de nieuwe wet tot hervorming van het ondernemingsrecht", *TBH* 2018, 318.

dat de bestuurder met een zekere regelmaat optreedt, of is het tevens vereist dat de activiteit wordt uitgeoefend om in een inkomen te voorzien? Deze bijkomende voorwaarde (die ook het handelaarsbegrip kenmerkte¹⁰) zou alvast het voordeel hebben dat de vele bestuurders van VZW's die zonder enige vergoeding en geheel vrijwillig hun mandaat uitoefenen, niet als een onderneming moeten worden beschouwd¹¹. Het val te betreuren dat de wetgever, het advies van de Raad van State om een definitie van beroepsactiviteit op te nemen in de wet, niet is gevolgd.

Zoals reeds werd vermeld, is een organisatie zonder rechtspersoonlijkheid te beschouwen als een onderneming wanneer er binnen organisaties zonder rechtspersoonlijkheid feitelijke uitkeringen worden gedaan aan de leden. De memorie van toelichting bepaalt in dit kader dat het zowel om eigenlijke uitkeringen als om vermomde uitkering kan gaan en dat er een onderscheid gemaakt moet worden tussen de toekenning van normale voordelen die aan het lidmaatschap zijn verbonden (die niet leiden tot de kwalificatie als onderneming) en vermomde uitkeringen (die wel leiden tot de kwalificatie als onderneming)¹². Wederom, zal het niet steeds evident zijn – de vele voorbeelden in de voorbereidende werken ten spijt¹³ – het onderscheid te maken tussen een louter voordeel en een vermomde uitkering.

III. Geen uniek ondernemingsbegrip

6. De introductie van het nieuwe ondernemingsbegrip heeft bovendien niet geleid tot een uniforme invulling van dit begrip voor het gehele WER, laat staan voor het gehele economisch recht¹⁴. Meer nog, het nieuwe algemene ondernemingsbegrip heeft *binnen het WER* in feite een relatief beperkte draagwijdte (praktisch vooral van belang voor het insolventierecht). Immers, voor de invulling van het ondernemingsbegrip in een heel aantal boeken (waaronder het mededingingsrecht uit Boek IV WER, het marktpraktijken- en consumentenrecht uit Boek VI WER en het handhavingsrecht uit de Boeken XV, XVI en XVII WER) wordt teruggegrepen naar het oude ondernemingsbegrip (natuurlijke personen en rechtspersonen die op duurzame wijze een economische activiteit verrichten). Daarnaast worden voor een aantal andere categorieën van regelen (verplichting tot het nemen van een inschrijving in de KBO en de verplichting om een boekhouding te voeren) aangepaste concepten gehanteerd (met name deze van inschrijvingsplichtige onderneming (art. 1.4,5° WER) en boekhoudplichtige onderneming (art. 1.5,1° WER)). Deze concepten vallen niet (volledig) samen met het algemene ondernemingsbegrip (bv. natuurlijke personen die louter als bestuurder actief zijn, worden uitgesloten, net als natuurlijke personen die die onder het fiscaal gunstregime van de deeleconomie vallen).

¹⁰ Artikel 1 Wetboek van Koophandel (opgeheven).

¹¹ M. VANMEENEN en I. VAN DE PLAS, *TBH* 2018, 214.

¹² Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 54 2828/001, 14.

¹³ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc. 54 2828/001, 14, alsook: Verslag, *Parl. St. Kamer*, Doc. 54 2828/004, 33-35.

¹⁴ We verwijzen hier in het bijzonder naar het ondernemingsbegrip uit de Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties.

Het resultaat van de wet houdende hervorming van het ondernemingsrecht is dan ook erg complex. Daarbij komt nog dat, gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie¹⁵, het op een zelfde wijze gedefinieerde ondernemingsbegrip voor de toepassing van de Boeken IV en VI WER op een andere wijze moet worden geïnterpreteerd. Het ondernemingsbegrip in het consumentenrecht is ruimer dan dat in het mededingingsrecht. Helaas komt dit dan weer niet tot uiting in de tekst van de wet. Een mogelijkheid ware hier geweest om voor de toepassing van Boek VI WER nauwer aan te sluiten bij de op Europees niveau gehanteerde (en door het Hof van Justitie geïnterpreteerde) definities waarin een beroepsactiviteit (en niet een economische activiteit) centraal staat.

IV. Impact buiten het WER

7. De belangrijkste impact van de vervanging van het traditionele handelaarsbegrip door het nieuwe algemene ondernemingsbegrip situeert zich buiten het WER:

- vooreerst zal men zich in de toekomst tegen alle ondernemingen op het *vrije bewijsrecht* kunnen beroepen (en niet enkel meer tegen handelaars)¹⁶. Deze vaststelling houdt indirect ook nieuwe verplichtingen in voor ondernemingen, die voorheen geen handelaar waren. Zo bijvoorbeeld zullen VZW's die een factuur ontvangen waarmee ze het niet eens zijn zich bewust moeten zijn van de noodzaak om de factuur snel te protesteren: immers, doen ze dat niet, dan zal de afwezigheid van protest als een aanvaarding van de factuur(voorwaarden) worden beschouwd;
- de bevoegdheid van de ondernemingsrechtbank (voorheen rechtbank van koophandel) wordt nog wat verder verruimd door de ruimere invulling van het begrip onderneming (en trekt aldus de tendens van de Wet Natuurlijke Rechter door)¹⁷;
- handelingen die worden verricht door een onderneming kunnen worden vermoed te zijn gesteld als onderneming¹⁸.

¹⁵ HvJ 3 oktober 2013, *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts / Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*, ECLI:EU:C:2013:634, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-59/12>; HvJ 17 mei 2018, *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW / Susan Romy Jozef Kuijpers*, ECLI:EU:C:2018:320, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=nl&td=ALL&num=C-147/16>.

¹⁶ Artikel 1348bis BW: bewijs kan tussen ondernemingen of tegen ondernemingen, zoals omschreven in *artikel 1.1, eerste lid* van het Wetboek van economisch recht worden geleverd door alle middelen van recht, tenzij de wet anders bepaalt.

We merken in de marge op dat de wet houdende hervorming van het ondernemingsrecht ook een aantal andere bepalingen inzake bewijs wijzigt. Van bijzonder belang is dat voortaan wordt bepaald dat de aanvaarde factuur als bewijs van allerhande soorten overeenkomsten (aanneming, vervoer,...) geldt (en dus niet enkel meer bij koop). Zie ook: J. STUYCK, *TBH* 2018, 324.

¹⁷ Artikel 573 Ger. W: de ondernemingsrechtbank neemt in eerste aanleg kennis van de geschillen tussen ondernemingen *als bedoeld in artikel 1.1, 1° WER* die niet vallen onder de bijzondere bevoegdheid van andere rechtscolleges.

¹⁸ Bij natuurlijke personen gaat het om een weerlegbaar vermoeden, bij rechtspersonen om een onweerlegbaar vermoeden.

8. Minder duidelijk is of ook het vermoeden van hoofdelijkheid kan worden uitgebreid tot ondernemingen in de zin van artikel I.1, 1° WER. Gelet op de doelstellingen die de wetgever nastreeft, met name de afschaffing van het verouderde handelaarsbegrip en de vervanging door een modern en ruimer ondernemingsbegrip, kan geargumenteed worden dat door de wetswijzing impliciet het toepassingsgebied van het vermoeden van hoofdelijkheid wordt uitgebreid, en dit tot alle schulden die door ondernemingen in de zin van artikel I.1, 1° WER werden aangegaan. Tegen deze stelling zou kunnen worden ingebracht dat het vermoeden van hoofdelijkheid een regel van gewoonterecht is¹⁹ en dat de wetgever, indien hij het toepassingsgebied van deze gewoonterechtelijke regel had willen uitbreiden, dit uitdrukkelijk in de tekst van de wet had moeten doen. De vraag rijst evenwel hoe men die gewoonterechtelijke regel in de toekomst dan moet gaan toepassen. Men kan een regel van gewoonterecht toch moeilijk nog gaan vastknopen aan een begrip (handelaar) dat door de wetgever overal wordt opgeheven²⁰. Argumenteren dat daardoor het vermoeden van hoofdelijkheid helemaal niet meer geldt, lijkt ons helemaal absurd.

Gelet op het feit dat de voornaamste overweging die aan de principiële passieve hoofdelijkheid van handelaren ten grondslag ligt, te weten het vergemakkelijken van het handelsverkeer doordat de schuldeiser ermee kan volstaan een solvabiliteitsonderzoek te voeren naar één van zijn schuldenaren voor de volledige schuld, even goed opgaat in de context van het nieuwe ondernemingsbegrip, lijkt het me dan ook verantwoord te zijn dat het vermoeden van hoofdelijkheid wordt uitgebreid tot alle verbintenissen die door ondernemingen werden aangegaan. Het valt in ieder geval te betreuren dat de wetgever hierover geen uitsluitel geeft. De rechtspraak zal duidelijk moeten maken of het vermoeden van hoofdelijkheid uitgebreid kan / moet worden van handelaars tot alle ondernemingen. Wellicht mag het belang van deze discussie ook niet overschat worden, aangezien in de praktijk de hoofdelijkheid tussen schuldenaren (indien zij geen handelaar zijn) heel vaak wordt bedongen, zodat er geen twijfel kan bestaan over het feit dat de schuldenaren hoofdelijk gehouden zijn. In ieder geval is een uitbreiding door de rechtspraak van het vermoeden van hoofdelijkheid tot ondernemingen die geen handelaar zijn enkel mogelijk voor schulden die na de datum van inwerkingtreding van de wet, i.e. vanaf 1 november 2018, werden aangegaan.

V. Besluit

9. De afschaffing van het verouderde handelaarsbegrip en van een afzonderlijk boek in het WER voor beoefenaren van vrije beroepen (Boek XIV WER) kan worden toegejuicht. Daarmee zet de wetgever een grote stap vooruit in de modernisering van het ondernemingsrecht. De introductie van het nieuwe *zogezegd* algemene of coherente ondernemingsbegrip doet evenwel een aantal belangrijke interpretatievragen rijzen, waardoor de rechtsonzekerheid die beweerdelijk resulteerde uit de vroegere

¹⁹ M. VAN QUICKENBORNE en J. DEL CORRAL, "Hoofdelijkheid" in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl. (bijwerking 2013), (95) 120-121, nr. 28 en de verwijzingen aldaar.

²⁰ Artikel 254 van de wet houdende hervorming van het ondernemingsrecht bepaalt dat met ingang van 1 november 2018 in alle wetten het begrip "handelaar" als "onderneming" moet worden gelezen.

definitie (invulling van het vereiste van economische activiteit), zeker niet volledig wordt weggewerkt. In het bijzonder slaagt de wetgever niet in de vooropgestelde betrachting om een materieel criterium te vervangen door puur formele criteria.

Afwachten is het ook of de deelnemers aan het economisch verkeer zelf nog in staat zullen zijn om in het kluwen van verschillende ondernemingsbegrippen hun weg te vinden. De modernisering van het ondernemingsbegrip staat in ieder geval niet gelijk met de vereenvoudiging ervan.